

# TE OGH 1992/6/26 8Ob14/90

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.06.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof.Dr.Griehsler als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Graf, Dr. Jelinek und Dr. Schinko als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei \*\*\*\*\* Beteiligungsfonds \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christian Kuhn, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Dr. Richard KEMPF, Rechtsanwalt in Bregenz als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Firma "D\*\*\*\*\*" \*\*\*\*\*, wegen Feststellung als Konkursforderung infolge Rekurses beider Parteien gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 1. März 1990, GZ 1 R 393/89-10, womit das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 12.Juli 1989, GZ 6 Cg 115/89-6, infolge Berufung der beklagten Partei aufgehoben wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Beiden Rekursen wird teilweise Folge gegeben.

Es wird der berufungsgerichtliche Aufhebungsbeschuß aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

Das erstgerichtliche Urteil wird hinsichtlich der Feststellung einer Teilverforderung von S 208.004,86 als Konkursforderung bestätigt. In teilweiser Abänderung des erstgerichtlichen Urteiles wird jedoch das Mehrbegehren, es werde die von der klagenden Partei im Konkursverfahren S 22/88 des Landesgerichtes Feldkirch angemeldete Forderung mit einem weiteren Betrag von S 10 Mio. als Konkursforderung festgestellt, abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 92.965,20 bestimmten Prozeßkosten (einschließlich S 12.494,20 Umsatzsteuer und S 18.000 Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei ist eine Beteiligungsfondsgesellschaft im Sinne des Beteiligungsfondsgesetzes BGBI 1982, Nr. 111, und als stiller Gesellschafter am Vermögen der Firma D\*\*\*\*\*, mit einer stillen Einlage von insgesamt 10 Millionen Schilling beteiligt.

Mit Beschuß des Landesgerichtes Feldkirch vom 28.Juli 1988 wurde zu AZ S 22/88 über das Vermögen der D\*\*\*\*\* der Konkurs eröffnet. Die klagende Partei hat in diesem Konkurs eine Forderung von S 10,208.004,86 (Einlage S 10,000.000, Mindestgewinnanteile S 208.004,86) angemeldet.

Diese Konkursforderung wurde vom Masseverwalter bestritten.

Mit der vorliegenden Klage begeht die klagende Partei die urteilmäßige Feststellung der angemeldeten Forderung im Betrag von S 10,208.004,86 als Konkursforderung. Sie brachte vor, daß sie mit Schreiben vom 22.Juni 1988 die Beteiligungsverträge vom 12. August/17. September 1985 (ECO-Fonds 06) und vom 30. Oktober/3. November 1987 (ECO-Fonds 08) gemäß deren Ziffer 1 aus wichtigen Gründen, insbesondere auf Grund wesentlicher Änderungen der

Geschäftsgrundlagen gegenüber den Zeitpunkten des Eingehens der Beteiligungen und auf Grund nachhaltiger Ertragslosigkeit der D\*\*\*\*\*-GesmbH mit sofortiger Wirkung und vorliegender Zustimmung des Bundesministers für Finanzen aufgekündigt habe. Der beklagte Masseverwalter habe die im Konkurs der D\*\*\*\*\*-GesmbH angemeldete Forderung unter Hinweis auf § 14 Abs 2 Beteiligungsfondsgesetz (BFG) bestritten. Diese Bestreitung sei hinsichtlich der Mindestgewinnanteile ohne irgendeine Begründung erfolgt und hinsichtlich der Auseinandersetzungsguthaben im Ergebnis ebenfalls unbegründet. Nach der Bestimmung des § 14 Abs 2 BFG könnten die stillen Gesellschafter hinsichtlich der Einlage, soweit sie den Betrag des auf sie entfallenden Anteils am Verlust übersteigt, ihre Forderung als Konkursgläubiger nicht gemäß § 341 HGB geltend machen. Nach Art 7 Nr 25 der 4. EV-HGB werde die stille Gesellschaft durch die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters automatisch und zwingend aufgelöst. Im Konkurs könne eine Beteiligungsfondsgesellschaft nur ihre bis zur Konkurseröffnung entstandenen Ansprüche auf Zahlung von Gewinnbeteiligung und Mindestverzinsung sowie sonstige Zahlungsansprüche anmelden, nicht aber einen Anspruch auf ein Auseinandersetzungsguthaben, das infolge der gesetzlich zwingenden Auflösung der stillen Gesellschaft entstanden ist. Im vorliegenden Fall sei jedoch die stille Gesellschaft zwischen der klagenden Partei und der D\*\*\*\*\* Gesellschaft m.b.H. nicht durch die Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelöst worden, sondern es habe die klagende Partei schon vorher die stille Gesellschaft aus wichtigem Grund aufgelöst. Wenn eine Beteiligungsfondsgesellschaft einen anderen wichtigen Grund zum Anlaß einer Auflösung der Gesellschaft habe, wie im vorliegenden Fall den Wegfall der Geschäftsgrundlage und die nachhaltige Ertragslosigkeit, so entstehe schon im Zeitpunkt der Auflösung ihr Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Diese Forderung stelle eine reine Geldforderung dar und nicht eine Forderung "hinsichtlich der Einlage" (§ 14 Abs 2 BFG). Die gegenteilige Auffassung würde dazu führen, daß eine Beteiligungsfondsgesellschaft im Konkurs des Geschäftsherrn nie ihre Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben geltend machen könnte, und zwar auch dann nicht, wenn die Aufkündigung der Gesellschaft aus einem ganz anderen Grund und auch zeitlich nicht mit einem Insolvenzverfahren in Zusammenhang stehend erfolgte.

Im vorliegenden Fall trage der Bewilligungsbescheid des Bundesministers für Finanzen zur Kündigung der Beteiligung das Datum 22. Juni 1988. Dasselbe gelte auch für die Kündigungserklärung der klagenden Partei. Die klagende Partei habe sich vor Ausspruch der Kündigung vergewissert, daß der Bundesminister für Finanzen die Genehmigung zur Kündigung erteile. Auf Grund der telefonisch vom Bundesminister für Finanzen erteilten Auskunft, daß der Genehmigungsbescheid am 22. Juni 1988 erlassen wird, habe die klagende Partei am selben Tag die Aufkündigung zur Post gegeben.

Der beklagte Masseverwalter beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Er verwies auf § 14 Abs 7 BFG, wonach die Aufgabe von Beteiligungen vor Ablauf der mindestens 10-jährigen Bindungsfrist der Bewilligung des Bundesministers für Finanzen bedürfe. Diese Bewilligung habe bescheidmäßig zu erfolgen. Im vorliegenden Fall stamme die Bewilligung des Bundesministers für Finanzen vom 22. Juni 1988. Sie werde erst mit Zustellung des entsprechenden Bescheides an die klagende Partei rechtswirksam. Die klagende Partei habe jedoch schon mit Schreiben vom 22. Juni 1988 gegenüber der Gemeinschuldnerin ihre Beteiligung im Sinn des § 14 Abs 7 BFG aufgekündigt, also zu einem Zeitpunkt, als ihr die Bewilligung des Bundesministers für Finanzen noch gar nicht zugestellt gewesen sei. Da es sich bei Kündigungen um einseitige rechtsgestaltende Willenserklärungen handle, dürften diese nicht unter der zur Rechtswirksamkeit erforderlichen Bedingung der nachträglichen Bewilligung erfolgen. Die Genehmigung des Bundesministers für Finanzen zur Vornahme der Aufkündigung müsse daher zum Zeitpunkt der Aufkündigung bereits vorliegen.

Zu berücksichtigen sei weiters, daß das Vorstandsmitglied der klagenden Partei, N. B\*\*\*\*\*, als solcher gleichzeitig Mitglied des Aufsichtsrates der Gemeinschuldnerin gewesen sei und über die vorzunehmenden Maßnahmen und die finanzielle Situation der Gemeinschuldnerin von Anfang an informiert gewesen sei. Anlässlich der letzten Aufsichtsratssitzung, bei der die Antragstellung auf Konkurseröffnung beschlossen wurde, habe er seine Position als Aufsichtsratsmitglied niedergelegt. Kurz danach, nämlich am 22. Juni 1988, sei die Kündigung der Beteiligung der klagenden Partei erfolgt. Aus diesem zeitlichen und persönlichen Zusammenhang könne nur abgeleitet werden, daß die klagende Partei versuchte, in Kenntnis der unmittelbar bevorstehenden Antragstellung auf Konkurseröffnung schnell noch die Kündigung der Beteiligung vorzunehmen, um die Bestimmung des § 14 Abs 2 BFG zu umgehen. Die Gemeinschuldnerin sei spätestens seit Jänner 1988 zahlungsunfähig gewesen. Der Beklagte fechte daher die mit

Schreiben vom 22. Juni 1988 durchgeführte Kündigung sowohl nach den Bestimmungen des § 342 HGB als auch nach den Bestimmungen der §§ 30 und 31 KO an, da diese Kündigung nur vorgenommen wurde, um dadurch eine Befriedigung zu erlangen, die der klagenden Partei sonst nicht zustünde.

Schließlich brachte der beklagte Masseverwalter noch vor, daß der klagenden Partei gemäß Pkt 5 der Beteiligungsverträge Informations-, Kontroll- und Mitspracherechte eingeräumt worden seien, die normalerweise nur Gesellschafter einer Gesellschaft m. b.H. zuständen. Auf Grund dieser Rechte sei die klagende Partei als atypische stille Gesellschafterin anzusehen, weil sie so gestellt sei, als ob sie am Unternehmen als Eigentümerin beteiligt sei.

Dem Beklagtenvorbringen hielt die klagende Partei entgegen, die Anfechtungseinrede sei rechtlich verfehlt, weil eine in Ausübung eines im Gesellschaftsvertrag oder gesetzlich verankerten Kündigungsrechtes bewirkte Auflösung eines Gesellschaftsverhältnisses nicht gemäß § 342 HGB angefochten werden könne. Aber auch die Anfechtungstatbestände im Sinne der §§ 30, 31 Abs 1 Z 2 erster und zweiter Fall KO lägen nicht vor.

Die Höhe der Klageforderung wurde außer Streit gestellt.

Das Erstgericht gab der Klage statt. Es traf noch folgende weitere Sachverhaltsfeststellungen:

Die stille Gesellschaft wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Es wurde eine Kündigungsfrist von 12 Monaten vereinbart. Der stille Gesellschafter (in der Folge E\*\*\*\*\* genannt) ist berechtigt, den Vertrag auch vor Ablauf dieser Frist ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist im Sinne des § 14 Abs 7 BeteiligungsfondsG aufzukündigen, wenn einer der folgenden wichtigen Gründe vorliegt:

Wesentliche Änderung der Geschäftsgrundlagen gegenüber dem Zeitpunkt des Eingehens der Beteiligung;

die nachhaltige Ertragslosigkeit des Beteiligungsunternehmens;

die wiederholte Nichtbeachtung der gemäß § 5 eingeräumten Informations-, Kontroll- und Mitspracherechte, und der Bundesminister für Finanzen diese Aufkündigung bewilligt.

Die nachhaltige Ertragslosigkeit ist dann gegeben, wenn die Firma während zwei aufeinanderfolgender Jahre die Mindestverzinsung laut § 4 Abs 3 nicht an die E\*\*\*\*\* überwiesen hat.

Die D\*\*\*\*\*-GesmbH ist verpflichtet, der E\*\*\*\*\* innerhalb der ersten fünf Monate des folgenden Geschäftsjahres die festgestellte und mit dem Bestätigungsvermerk eines Wirtschaftsprüfers versehene Bilanz samt Gewinn- und Verlustrechnung und Erläuterungen vorzulegen.

Die D\*\*\*\*\*-GesmbH hat der E\*\*\*\*\* spätestens bis vier Wochen vor Ablauf des Geschäftsjahres die Unternehmenspläne für das folgende Geschäftsjahr zur Genehmigung vorzulegen. Die Unternehmenspläne umfassen zumindest folgende Teilpläne:

Budget für das kommende Geschäftsjahr,

Budget für den Zeitraum der nächsten drei Geschäftsjahre,

kurzfristiger Investitionsplan für das nächste Geschäftsjahr,

mittel- bis langfristiger Investitionsplan,

Finanzplan für das nächste Geschäftsjahr,

Finanzplan für die nächsten drei Geschäftsjahre.

Die D\*\*\*\*\*-GesmbH hat der E\*\*\*\*\* spätestens bis einen Monat nach Ablauf eines Quartals Zwischenberichte zur Verfügung zu stellen.

Bei allen Rechtsgeschäften und Entscheidungen, die den Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes überschreiten und erhebliche Auswirkungen auf die Vermögens- und Ertragslage der D\*\*\*\*\*-GesmbH haben können, insbesondere den im einzelnen angeführten Geschäften, ist das Einvernehmen mit der E\*\*\*\*\* herzustellen. Der E\*\*\*\*\* steht das Recht zu, jederzeit Prüfungen der Bücher und Geschäftsunterlagen der D\*\*\*\*\*-GesmbH selbst oder durch Sachverständige zu verlangen, wenn der Jahresabschluß nur mit einem eingeschränkten Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers versehen ist, oder für die E\*\*\*\*\* erkennbare Gefahr für die Rückführung der stillen Einlage besteht.

Über Antrag vom 22. Juni 1988 erließ das Bundesministerium für Finanzen am selben Tag einen Bescheid, womit der

klagenden Partei die Bewilligung gemäß § 14 Abs 7 BeteiligungsfondsG zur Aufgabe der Beteiligungen an der Gesellschaft in H\*\*\*\*\* mit je 5 Millionen Schilling erteilt wurde. Am 22. Juni 1988 richtete die klagende Partei ein Kündigungsschreiben an die D\*\*\*\*\*-Gesellschaft, gestützt auf § 3 Abs 4 der Beteiligungsverträge und § 14 Abs 7 BFG, in welchem die Verträge mit sofortiger Wirksamkeit aus wichtigen Gründen, insbesondere auf Grund wesentlicher Änderungen der Geschäftsgrundlage gegenüber den Zeitpunkten des Eingehens der Beteiligungen und auf Grund nachhaltiger Ertragslosigkeit des Beteiligungsunternehmens aufgekündigt wurden. Gleichzeitig wurden die Mindestgewinnanteile mit S 208.004,86 bekanntgegeben. Dieses Kündigungsschreiben wurde mit der Post aufgegeben und ist der nachmaligen Gemeinschuldnerin am 24. Juni 1988 zugegangen.

Der Vorstand der klagenden Partei, Dr. Leopold B\*\*\*\*\*, war zugleich Aufsichtsratsmitglied im Aufsichtsrat der damaligen Gemeinschuldnerin und hatte im Rahmen der dargestellten Kontrollrechte auch laufend aktuellen Einblick in die Gebarung der Gemeinschuldnerin. In der am 26. Februar 1988 abgehaltenen Aufsichtsratssitzung wurde die vorläufige Bilanz zum 31. Dezember 1987 mit einem vorläufigen Verlust von S 13.352.000,-- zur Kenntnis genommen. Bei dieser Aufsichtsratssitzung wurde auch das Budget 1988 mit Detailplänen vorgestellt, wobei vom Aufsichtsrat auch gewisse Probleme, wie die Darstellung einer pessimistischen Variante der Ergebnisplanung und Abkoppelung der Finanzplanung von der Ergebnisplanung zur Rationalisierung des Personals u.a. erörtert wurden.

Das Budget 1988 wurde bei dieser Aufsichtsratssitzung genehmigt. In einer außerordentlichen Aufsichtsratssitzung am 25. März 1988 wurde der vorläufige Jahresabschluß 1987 erörtert, worin sich der vorläufige Verlust mit rund S 22.500,-- darstellte. Der Abschlußprüfer der Gesellschaft hob hervor, daß ein Kapitalsverlust von mehr als der Hälfte eingetreten sei und gab bekannt, daß auf Grund des hohen Verlustes eine "Finanzierung des Unternehmens" nicht gegeben sei. Die Geschäftsführer berichteten, daß der Verlust und die Zahlungsschwierigkeiten auf die schlechte Auftragslage zurückzuführen seien. Es wurden vom Aufsichtsrat einschneidende Sanierungsmaßnahmen beschlossen. Am 25. Mai 1988 übersandte der Abschlußprüfer DDr. Dieter R\*\*\*\*\* an die Geschäftsführung und die Mitgleider des Aufsichtsrates der D\*\*\*\*\* Gesellschaft m.b.H., sohin auch an Dr. Leopold B\*\*\*\*\*, die Mitteilung, daß er bei der Durchführung der Abschlußprüfung Tatsachen festgestellt habe, die den Bestand des Unternehmens gefährdeten. Auf Grund der Aufkündigung von Kreditlinien, der Feststellung von drohenden Verlusten aus dem BMW-Auftrag und der krassen Unterschreitung der budgetmäßig geplanten Umsätze sei der Weiterbestand des Unternehmens aus damaliger Sicht gefährdet. Die Bewertung der Aktiva zu Zerschlagungswerten müsse zur Feststellung einer Überschuldung führen. Bei der Aufsichtsratssitzung am 24. Juni 1988, sohin nach Kündigung der stillen Gesellschaften, legte Dr. Leopold B\*\*\*\*\* das Aufsichtsratsmandat zurück. Die Bilanz und der Bericht der Geschäftsführung wurden ausführlich erörtert. Dabei empfahl der Aufsichtsrat den Geschäftsführern, das Insolvenzverfahren einzuleiten.

In seiner rechtlichen Beurteilung verwies das Erstgericht auf die Bestimmung des § 8 Art. 7 Nr. 25 EV-HGB sowie auf § 14 Abs 2 BFG, wonach ein Auseinandersetzungsguthaben der Beteiligungsfondsgesellschaft im Konkurs nicht geltend gemacht werden könne; es führte weiters aus: Nach der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes RdW 1989, 158 müsse die gemäß § 14 Abs. 7 BFG zur Kündigung erforderliche Bewilligung des Bundesministers für Finanzen im Zeitpunkt dieser Kündigung bereits vorliegen. Diese Voraussetzung sei hier erfüllt, weil die Bewilligung am 22. Juni 1988 und somit vor dem am 24. Juni 1988 erfolgten Zugang der Kündigung erteilt worden sei. Der Bewilligungsbescheid sei keinem weiteren Rechtszug unterlegen, sodaß die formelle Rechtskraft bereits mit der Erlassung und nicht erst mit der Zustellung des Bescheides eingetreten sei. Somit handle es sich hier um ein Auseinandersetzungsguthaben zufolge einer schon vor der Konkurseröffnung erfolgten Auflösung der stillen Gesellschaft, sodaß die Bestimmung des § 14 Abs 2 BFG, die nur bei Auflösung der stillen Gesellschaft durch die Konkurseröffnung gelte, nicht zur Anwendung komme. Die vom beklagten Masseverwalter auf § 342 HGB gestützte Anfechtung scheide mangels einer anfechtbaren Vereinbarung über die Rückgewährung der Einlage aus. Werde die Gesellschaft nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages aufgelöst, so liege kein Kündigungstatbestand vor. Eine Anfechtung der Kündigung nach § 30 KO wegen Begünstigung und § 31 Abs 1 Z 2 erster Fall KO wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit scheide deshalb aus, weil immer eine Befriedigung des Konkursgläubigers eingetreten sein müsse. Eine Kündigung stelle aber keine Befriedigung oder Sicherstellung dar. Eine Befriedigung oder Sicherstellung eines Gläubigers setze immer eine schon vorliegende Gläubigerstellung voraus. Das sei aber bei der Kündigung schon begrifflich ausgeschlossen.

Auch die Anfechtung der Kündigung nach § 31 Abs 1 Z 2 zweiter Fall KO scheitere daran, daß nach dieser Anfechtungsbestimmung nur die Anfechtung zweiseitiger Rechtsgeschäfte, seien es auch Verfügungsgeschäfte,

möglich sei. Bei der Kündigung des Vertrags handle es sich aber um ein einseitiges Rechtsgeschäft. Daß eine Art Verfügungsgeschäft dadurch entstanden sei, daß die Kündigung mit der Gemeinschuldnerin abgesprochen wurde, sei nicht behauptet worden und es ergäben sich auch nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, eine solche Vereinbarung wäre auch einigermaßen verwunderlich.

Soweit die beklagte Partei die Anfechtungseinrede gegenüber den abgeschlossenen Beteiligungsverträgen erhebe, sei darauf hinzuweisen, daß zufolge der Frist des § 30 Abs 2 KO und § 31 Abs 4 KO die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages zum 12. August 1985/17. September 1985 nicht in Betracht komme. Die Anfechtung des Vertrags vom 30. Oktober 1987/3. November 1987 käme nur nach § 30 KO in Frage. Beim Vertrag handle es sich aber wiederum nicht um eine Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers. Bei dem zwischen der Gemeinschuldnerin und der beklagten Partei abgeschlossenen stillen Gesellschaftsvertrag handle es sich auch nicht um eine atypische stille Gesellschaft. Die vereinbarten Informations-, Kontroll- und Mitspracherechte rückten die stille Gesellschaft zwar in die Nähe einer atypischen, doch fehlten für die Merkmale einer atypischen stillen Gesellschaft vor allem die Übertragung von Geschäftsführungsrechten an den stillen Gesellschafter oder die Übertragung so weitgehender Widerspruchs- und Zustimmungsrechte, daß der stille Gesellschafter in bezug auf die Geschäftsführung dem Inhaber völlig gleichgestellt sei. Die festgelegten Mitsprache- und Kontrollrechte fänden im § 14 Abs 2 BFG ihre gesetzliche Deckung und bezogen sich auf die Unternehmenspolitik im allgemeinen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des beklagten Masseverwalters Folge, hob das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes den Betrag von S 50.000 übersteigt und daß der Rekurs zulässig sei.

In seiner rechtlichen Beurteilung führte es aus:

Gemäß § 14 Abs 7 BFG sei vom Bundesminister für Finanzen die Bewilligung der Aufkündigung des Beteiligungsverhältnisses bei Vorliegen wichtiger Gründe zwingend zu erteilen. Diese Erteilung oder Ablehnung der Bewilligung durch die Behörde stelle einen Verwaltungsakt dar, der grundsätzlich nur mittels Bescheides als Entscheidungsform im Verwaltungsverfahren zu ergehen habe. Keine unmittelbare Antwort ergebe sich aus dem Wortlaut des § 14 Abs 7 BFG hinsichtlich der Frage, wann die Bewilligung des Bundesministers für Finanzen zur Aufgabe der Beteiligung vorliegen müsse. Der Oberste Gerichtshof habe aber allgemein ausgesprochen, daß, da es sich bei Kündigungen um einseitige rechtsgestaltende Willenserklärungen handle, diese nicht unter der zu ihrer Rechtswirksamkeit erforderlichen Bedingung der nachträglichen Bewilligung erfolgen dürften (JBl. 1989, 531, mit Besprechung von König).

Jud-Grünwald, GesRZ 1988, S 152, vertraten die Lehrmeinung, daß im Falle der Beendigung eines Beteiligungsverhältnisses wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes im Sinne des § 14 Abs 7 BFG der Bewilligungsbescheid im Unterschied zur Kündigung aus anderen Gründen auch nachträglich erteilt werden könne und auf den Kündigungszeitpunkt zurückwirke, weil in diesem Fall die Bewilligung ohnedies zwingend vorgeschrieben sei. Im Fall einer Kündigung aus anderen Gründen müsse jedoch wegen des zwischen der Kündigung und der Entscheidung des Bundesministers für Finanzen bestehenden Zustandes der Rechtsunsicherheit und Rechtsunklarheit, der zu vermeiden sei, zum Zeitpunkt der Kündigung nicht bloß um die Bewilligung angesucht, sondern diese auch bereits rechtskräftig erteilt sein. Diese Unterscheidung sei aber für das Berufungsgericht nicht einsichtig, weil auch im Falle der Kündigung aus einem wichtigen Grund im Sinne des § 14 Abs 7 BFG der Behörde die Prüfung des Vorliegens eines solchen wichtigen Grundes als Vorfrage gewahrt bleiben müsse und nur dann, wenn die Behörde zum Ergebnis komme, daß ein solcher wichtiger Grund vorliege, ihr zwingend die Bewilligung der Kündigung aufgetragen sei. Das ergebe sich klar aus dem Wortlaut des Gesetzes: "Die Bewilligung ist zu erteilen, wenn ein wichtiger Grund zur Beendigung des Beteiligungsverhältnisses vorliegt". Es könne also auch in einem solchen Fall zwischen Kündigung einerseits und Antragstellung und Entscheidung durch die Behörde andererseits jener ungewisse Zeitraum eintreten, in dem es nicht klar sei, ob die Bewilligung erteilt werde oder nicht. Die vorgenannte Unterscheidung sei also sachlich nicht zu rechtfertigen, weshalb das Berufungsgericht keinen Anlaß sehe, von dem vom Obersten Gerichtshof in dieser Frage generell eingenommenen Standpunkt abzugehen, daß der Bewilligungsbescheid im Zeitpunkt der Kündigung bereits vorliegen müsse. Dies führe hier zur weiteren Frage, ob zur Zeit der Kündigung aus wichtigem Grund der Bewilligungsbescheid durch den Bundesminister für Finanzen bereits erlassen gewesen sei. Gemäß § 62 Abs 1 AVG könnten Bescheide sowohl schriftlich als auch mündlich erlassen werden. Die Erlassung schriftlicher Bescheide habe durch Zustellung bzw. Ausfolgung zu geschehen. Mündlich erfolge

die Erlassung durch Verkündung desselben in formeller Weise und müsse den Parteien als solcher zum Bewußtsein gebracht werden. Der Inhalt und die Verkündung eines mündlichen Bescheides sei, wenn die Verkündung bei einer mündlichen Verhandlung erfolge, am Schluß der Verhandlungsschrift, in anderen Fällen in einer besonderen Niederschrift zu beurkunden (§ 62 Abs 2 AVG). Wenn eine Beurkundung nicht erfolge, so mache dies eine tatsächliche Verkündung allerdings nicht ungeschehen, doch könnten hieraus Beweisschwierigkeiten erwachsen. Ein auf Erlassung eines Bescheides gerichteter Willensakt der Behörde trete dann in die Rechtsordnung ein, wenn er nach außen gemäß den Regeln des AVG 1950 in Erscheinung trete (VfSlg. 7.934). Eine bloß telefonisch erfolgte Verkündung ("Bescheiderlassung") erzeuge jedoch keine Rechtswirkungen, denn das AVG kenne die Form der Verkündung eines Bescheides durch den Fernsprecher nicht, weshalb der Verfassungsgerichtshof den Vorgang der telefonischen Bescheiderlassung als Form einer Verkündung eines mündlichen Bescheides mangels Gegenwart der Parteien nicht gelten lasse (VfSlg. 3469/1958; VwSlg 3617 A/1955; VwGH 14.6.1976, 301/76; Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrens4, Rz 426 ff).

Selbst wenn also nach dem Vorbringen der klagenden Partei (Schriftsatz ON 4, S. 2 Pkt 1) eine telefonische Auskunft des Bundesministers für Finanzen eingeholt worden sein sollte, daß der Genehmigungsbescheid am 22. Juni 1988 erlassen werde, könne in dieser telefonischen Mitteilung eine mündliche Bescheiderlassung im Sinne der Bewilligung der Aufkündigung des Beteiligungsverhältnisses durch die klagende Partei nicht erblickt werden.

Entgegen der Auffassung des Erstgerichtes könne aber auch nicht aus dem Datum des Bescheides (22. Juni 1988) abgeleitet werden, daß dieser an diesem Tag erlassen worden sei. Der schriftliche Bescheid sei vielmehr erst mit seiner Zustellung "erlassen". Auf sein Datum komme es in diesem Zusammenhang nicht an (ZfVB 1/295/1987; ZfVB 5/2044 und 5/2048/1988). Solange die Zustellung nicht erfolgt sei, liege nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kein dem Rechtsbestand angehöriger Bescheid vor (ZfVB 3/1127/1988).

Der Standpunkt des Erstgerichtes hätte nur die von Barfuß in ZfVB 1986/5-6, S. 556 ff, allerdings nur sehr vorsichtig geäußerte Meinung für sich, es sei gelegentlich denkbar, daß eine bestimmte Tatbestandswirkung einer verwaltungsbehördlichen Bewilligung schon vor dem formellen Erlassen eines Bescheides eintreten könne, sofern dies der betreffenden Verwaltungsvorschrift "durch gewissenhafte und behutsame Auslegung" entnommen werden könne. Barfuß räume aber dabei selbst ein, daß aus Gründen des Rechtsschutzes davon auszugehen sei, daß eine in einem Gesetz vorgesehene, auf Antrag zu erteilende Bewilligung immer in Bescheidform zu ergehen habe, andernfalls nämlich eine nicht in Bescheidform ergehende, bloß interne Bewilligung jederzeit widerrufen werden könnte. Der erstangeführten Auffassung könnte allerfalls beigetreten werden, weil dem Beteiligungsunternehmen im Verfahren wegen Bewilligung einer vorzeitigen Aufkündigung der Beteiligung aus einem wichtigen Grund keine Parteistellung eingeräumt zu sein scheine. Im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung der mit der Bewilligung der Aufkündigung verbundenen Folgen bedürfe es aber doch wohl einer klaren und eindeutigen Bestimmbarkeit des Zeitpunktes der Wirksamkeit der behördlichen Entscheidung, ohne daß Beweisfragen hierüber aufgeworfen werden müßten, sodaß schon aus diesem Grund die übrigens in einem ganz anderen Zusammenhang geäußerte Meinung Barfuß' im vorliegenden Fall keinesfalls zum Anlaß genommen werden könne, sie hier zugrunde zu legen.

Sei nun weder das Datum des Bescheides selbst, noch die telefonische Auskunftserteilung über die Bewilligung der Kündigung je vom 22. Juni 1988 für die Erlassung des Bescheides und damit für seine Rechtswirksamkeit maßgeblich, so müsse klargestellt werden, zu welchem Zeitpunkt die hiefür notwendige Zustellung des schriftlichen Bescheides eingetreten sei.

Da es sich auch bei der Aufkündigung von Beteiligungsverhältnissen nach dem BFG um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung handle, müsse die als Rechtsbedingung anzusehende, im § 14 Abs 7 BFG vorgesehene Bewilligung des Bundesministers für Finanzen zumindest zum Zeitpunkt des Zugangs der Aufkündigung beim Beteiligungsunternehmen vorgelegen, also zugestellt sein. Ob dies der Fall sei, habe das Erstgericht, ausgehend von seiner nicht gebilligten Rechtsansicht, nicht untersucht. Der Frage käme allerdings nur entscheidungserhebliche Bedeutung zu, wenn die vom beklagten Masseverwalter erhobenen weiteren Einwendungen nicht zielführend erschienen.

Aus den im einzelnen angeführten Gründen hielt das Berufungsgericht diese Einwendungen nicht für gerechtfertigt und kam somit zum Ergebnis, daß die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit davon abhänge, ob eine rechtswirksame Kündigung erfolgt sei.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes richten sich die Rekurse beider Parteien. Die klagende Partei beantragt die Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteiles, der beklagte Masseverwalter begeht die Abweisung des Klagebegehrens; hilfsweise stellt er einen Aufhebungsantrag.

Die klagende Partei führt in ihrem Rechtsmittel aus, die berufungsgerichtliche Aufhebung des erstgerichtlichen Urteiles sei hinsichtlich des Betrages von § 208.004,86 schon deswegen verfehlt, weil insoweit jedenfalls eine Konkursforderung vorliege. Die Entscheidung 8 Ob 9/88 stütze sich lediglich auf die Ansicht von Koziol-Welser (Grundriß I 152) und MietSlg. 36.383. Es wäre aber hinsichtlich einer bedingten Aufkündigung zu fragen, ob ein Schwebezustand eintrete, der die geschützten Interessen des anderen Teiles verletze. Die These der Bedingungsfeindlichkeit der Kündigung im Gesellschaftsrecht sei jedenfalls äußerst zweifelhaft. Jud-Grünwald kämen in GesRZ 1988, 152 f und 1990, 4 zu einem gegenteiligen Ergebnis, ebenso König in JBl. 1989, 534. Von einem ungewissen Ereignis könne bei der vom Bundesminister für Finanzen unter bestimmten Voraussetzungen zwingend zu erteilenden Bewilligung nicht die Rede sein. Hier sei durch die nachträgliche Bewilligung des Bundesministers für Finanzen die Kündigung rückwirkend wirksam geworden. Selbst wenn man die Geltung der Erklärung unter einer Rechtsbedingung annehme, hätte dies keinerlei Einfluß, weil es mit der Zweckbestimmung der "Wahrung der Interessen der Genußscheinhaber" unvereinbar sei, das Vorliegen der Bewilligung zum Zeitpunkt der Kündigung zur Voraussetzung ihrer Wirksamkeit zu machen. Gegenteiligerfalls müßte die Beteiligungsfondsgesellschaft bis zur Zustellung des Bewilligungsbescheides mit der Kündigung zuwarten und währenddessen trotz Vorliegens eines wichtigen Grundes die Gefahr von nachteiligen Rechtshandlungen tragen. Es könnte nicht in den Händen des Bundesministers für Finanzen liegen, ob der Auseinandersetzungsanspruch als Konkursforderung geltend gemacht werden könne oder nicht. Die Bestimmung des § 14 Abs. 2 BFG bezwecke eine sofortige Kündigungsmöglichkeit, die bis zur Bewilligung schwebend unwirksam sei. Im vorliegenden Falle sei die Bestreitung der Klageforderung durch den beklagten Masseverwalter auch nicht unter Hinweis auf die fehlende Bewilligung der Aufkündigung erfolgt. Die Parteien seien jedenfalls konkludent von einer wirksamen Aufkündigung ausgegangen.

Im Rekurs des beklagten Masseverwalters wird vorgebracht, durch die Bestimmung des § 14 Abs 2 BFG betreffend den Ausschluß der Anmeldungsmöglichkeit für den stillen Gesellschafter gemäß § 341 HGB sollte der Eigen- und Risikokapitalcharakter der stillen Beteiligung verstärkt werden. Ebenso wie eine Kommanditeinlage oder eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft im Konkurs des Unternehmens nicht zurückfordert werden könnten, müsse die stille Einlage des haftenden Kapitals den Gläubigern der Konkursmasse zur Verfügung stehen. Im besonderen gelte dies bei einem derartigen zeitlichen Zusammenhang zwischen Aufkündigung und Konkurseröffnung wie im vorliegenden Fall. Hier handle es sich zudem um eine atypische stille Gesellschaft, denn der klagenden Partei stünde im Sinne des § 5 der Vereinbarungen im Wege umfangreicher Informations-, Kontroll- und Mitspracherechte teilweise eine Geschäftsführungsbefugnis, zumindest aber ein entscheidendes Mitbestimmungsrecht hieran zu, das über die typischen diesbezüglichen Rechte des stillen Gesellschafters oder Kommanditisten und jene des § 14 Abs 3 BFG weit hinausgehe. Zwar fehle es an einer dem § 172 a dHGB entsprechenden Norm, die deutsche Rechtsprechung zu dieser Bestimmung könne aber angewendet werden. Hier seien die Beteiligungsvereinbarungen vom 30. Oktober 1987/3. November 1987 innerhalb der Einjahresfrist des § 342 HGB getroffen und es sei die Möglichkeit der Rückgewähr der Einlage bei Kündigung vereinbart worden. Somit sei die Anfechtung nach § 342 HGB hinsichtlich dieser Vereinbarungen zu Recht erfolgt. Von der Bestimmung des § 30 KO werde im Interesse der Gleichbehandlung auch eine sicherstellungs- und befriedigungsähnliche Handlung und daher auch die gegenständliche Kündigung erfaßt, die dem Gläubiger erst die Möglichkeit gebe, am Konkursverfahren teilzunehmen. Das gleiche gelte nach der Bestimmung des § 30 Abs 1 Z 2 KO. Befriedigung oder Sicherstellung der Forderung aus der Einlage der klagenden Partei, die ja Eigenkapitalcharakter habe, müsse umso mehr unzulässig sein, wenn schon die Befriedigung oder Sicherstellung der Konkursforderung unzulässig sei.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zum Rekurs der klagenden Partei:

Beide Vorinstanzen haben sich entgegen der Ansicht der Rechtsmittelwerberin grundsätzlich zutreffend auf die Entscheidung des erkennenden Senates 8 Ob 9/88 = JBl. 1989, 531 = RdW 1989, 158, gestützt, in der - ebenso wie in seiner weiteren Entscheidung 8 Ob 1/89 - ausgeführt wurde, daß auch bei Aufkündigung von Beteiligungsverhältnissen der allgemeine Grundsatz gelte, das Wirksamwerden der Aufkündigung könne wegen der mit ihr verbundenen Folgen nicht in Schweben gehalten werden. Dieser Grundsatz kann zwar, wie in der Lehre mehrfach ausgeführt wird,

Ausnahmen erfahren, keiner der zulässigen Ausnahmefälle liegt aber hier vor:

Koziol-Welser<sup>8</sup> I 152, halten eine Bedingung bei der Aufkündigung dann für zulässig, wenn der Partner zustimmt oder der Eintritt der Bedingung von seinem Willen abhängt (Potestativbedingung). Letzteren Fall nennt auch Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft<sup>4</sup> 362, im Zusammenhang mit der Aufkündigung eines Gesellschaftsverhältnisses, und er erklärt ferner eine Bedingung dann für zulässig, wenn die Kündigungsfrist erst nach Eintritt der Bedingung und Kenntnis des Kündigungsempfängers von diesem Eintritt zu laufen beginnen soll. Schlegelberger HGB II<sup>4</sup> Anm 8 zu § 132, verweist darauf, daß nach RGZ 91, 308 eine bedingte Kündigung unwirksam sei, meint aber, man könne sie zulassen, wenn sie nicht zu unklaren Verhältnissen für die übrigen Gesellschafter führe, das sei z.B. dann nicht der Fall, wenn deren Erfüllung von ihrem Willen abhänge oder der Fristenlauf für die Kündigung erst nach Bedingungseintritt und Kenntnis der Gesellschafter hievon beginne. Ulmer führt im GroßKommzHGB II/13 Anm 12 zu § 132 aus, eine Kündigung unter einer Bedingung sei wegen des Bestimmtheitserfordernisses nur in engen Grenzen zulässig; die Kündigung sei zwar nicht schlechthin bedingungsfeindlich, die Beifügung einer Bedingung dürfe aber ohne Einverständnis des Empfängers mit dieser Bedingung nicht dazu führen, daß noch nach dem entscheidenden Stichtag für den Empfänger Ungewißheit über die Wirksamkeit der Kündigung herrsche. Weiters werden von ihm auch wiederum die Fälle der Potestativbedingungen und des Eintrittes der Bedingung vor Beginn des Fristenlaufes genannt.

Im vorliegenden Falle wurde eine ausdrückliche Zustimmung des Beteiligungsunternehmens (der nachmaligen Gemeinschuldnerin) zur Kündigung unter der gegebenen Bedingung gar nicht behauptet; die Annahme einer schlüssigen Zustimmung setzte nach den strengen Voraussetzungen des § 863 ABGB ("..... kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln .....") aber insoweit völlige Klarheit voraus, wovon hier keine Rede sein kann. Der Eintritt der Bedingung war insbesondere auch nicht vom Willen des Kündigungsempfängers, sondern ausschließlich vom Willen des BMF abhängig. Lag bei der mit "sofortiger Wirkung" erfolgten Kündigung der klagenden Partei im Zeitpunkt ihrer Empfangnahme durch das gekündigte Beteiligungsunternehmen die Bewilligung des BMF nicht vor, so bestand im Sinne auch der vorstehenden Lehre in diesem entscheidenden Zeitpunkt jedenfalls Ungewißheit über deren Wirksamkeit.

Die Bezugnahme der Rekurswerberin auf die gegenteiligen Rechtsansichten von Jud-Grünwald, deren zufolge zwar bei einer "gewöhnlichen Kündigung", nicht aber bei einer auf "wichtige Gründe" gestützten Kündigung ein unzulässiger Schwebzustand mit Ungewißheit über die Wirksamkeit der Kündigung eintrete, ist, wie bereits das Berufungsgericht zutreffend erkannte, nicht zielführend. Während diese Autoren in GesRZ 1987, 120, wenngleich ohne nähere Ausführung, noch allgemein erklärten: "Wird die Beteiligung nach Einholung der erforderlichen Zustimmung aufgekündigt, so wird die Beteiligungsfondsgesellschaft gleichzeitig mit der Wirksamkeit der Kündigung zu einem 'gewöhnlichen' Gläubiger des Beteiligungsunternehmens .....", vertreten sie in GesRZ 1988, 152 und GesRZ 1990, 4 den Standpunkt, bei Kündigungen aus einem in § 14 Abs 7 BFG genannten wichtigen Grund bedürfe es nicht der Bewilligung des BMF schon vor der Aufkündigung, denn hier könne es deswegen zu keiner Ungewißheit über die Rechtswirksamkeit der Kündigung kommen, weil der BMF zwingend die Bewilligung erteilen müsse. Sie übersehen dabei aber, daß im Ansuchen an den BMF um Bewilligung der Kündigung lediglich die Behauptung des Vorliegens eines wichtigen Grundes aufgestellt wird, die Prüfung und Beurteilung, ob dieser behauptete wichtige Grund - hier eine wesentliche Änderung der Geschäftsgrundlagen - tatsächlich gegeben ist, aber ausschließlich beim BMF liegt und daher auch in diesem Fall und nicht bloß bei einer "gewöhnlichen" Aufkündigung bis zur rechtswirksamen Entscheidung des BMF jedenfalls Ungewißheit über die Rechtswirksamkeit der Kündigung herrscht, die im Sinne der obenstehenden Ausführungen jedoch nicht eintreten darf.

Dem weiteren Argument der Rekurswerberin, die Parteien seien konkludent von einer wirksamen Aufkündigung ausgegangen, ist entgegenzuhalten, daß im Hinblick auf das zwingende Erfordernis der Zustimmung durch den BMF für eine derartige Konkludenz im Sinne des § 863 ABGB kein Raum ist; eine solche Zustimmung des Beteiligungsunternehmens hätte daher vor oder nach Erteiligung der Bewilligung durch den BMF ausdrücklich erklärt werden müssen, um der konkreten Kündigungserklärung Rechtswirksamkeit zu verschaffen.

Mit Jud-Grünwald (GesRZ 1988, 153 und GesRZ 1990, 6) sowie mit König (JBl. 1989, 533) stellt die Rekurswerberin schließlich auf die Wahrung der Interessen der Genußscheininhaber ab, denen es nicht zumutbar sei, mit der Ausübung des Kündigungsrechtes bis zum Vorliegen der aufsichtsbehördlichen Zustimmung zu warten.

Dieser Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, daß entsprechend den Intentionen des BFG - siehe den Ausschußbericht 985 BlgNR 15. GP und die Ausführungen hiezu in der Entscheidung 8 Ob 9/88 - den Einlagen der Beteiligungsfondsgesellschaften Eigenkapitalcharakter zukommt und aus diesem Grunde gemäß § 14 Abs 2 letzter Satz BFG die Geltendmachung des Rückforderungsrechtes hinsichtlich der Einlagen bzw. des Auseinandersetzungsguthabens als Konkursforderung abweichend von der Regel des § 341 Abs 1 HGB ausdrücklich ausgeschlossen ist. Die Bestimmung des § 14 Abs 2 letzter Satz BFG bezweckt also gerade den Schutz der Konkursgläubiger, die - auf dieses zusätzliche "Eigenkapital" des Schuldners vertrauend - im Insolvenzfall des Schuldners nicht durch das Beteiligungsfondsunternehmen als Gläubiger konkurrenziert werden sollten. Dieser Schutz wird durch die den Beteiligungsfondsgesellschaften in § 14 Abs 7 BFG eingeräumte sofortige Kündigungsmöglichkeit bei wesentlicher Änderung der Geschäftsgrundlagen und ihrem aus den in § 14 Abs 3 BFG normierten weitgehenden Informationsrechten erfließenden Informationsvorsprung ohnehin stark herabgesetzt, der den Beteiligungsfondsgesellschaften die u.U. noch rechtzeitige Begründung einer Gläubigerstellung ermöglicht, die den übrigen Geschäftsgläubigern nachteilig ist. Der Schutzzweck des § 14 Abs 7 letzter Satz BFG ist also solcherart praktisch ohnehin nur in sehr engen Grenzen erreichbar und darf entgegen der Ansicht der Rekurswerberin nicht im einseitigen Interesse der Genüsscheineinhaber auch noch durch eine nicht vertretbare weite Auslegung und großzügige Handhabung der Kündigungsgrundsätze zusätzlich geschmälert werden. Im Sinne der Entscheidung 8 Ob 9/88 steht im Vordergrund der Grundsatz, daß die Einlage des stillen Gesellschafters als haftendes Kapital vorrangig den Gläubigern im Konkurs des Unternehmensträgers zur Verfügung stehen soll.

Aus allen diesen Gründen ist daher, wie vom erkennenden Senat bereits in den Entscheidungen 8 Ob 9/88 und 8 Ob 1/89 ausgesprochen wurde, bei der Aufkündigung einer Beteiligung im Sinne des § 14 Abs 7 BFG zu fordern, daß der Bewilligungsbescheid des BMF bereits vor dieser Kündigung erlassen wurde.

Das Berufungsgericht hat zum Vorbringen der klagenden Partei, sie habe am 22. Juni 1988 vom BMF eine telefonische Auskunft darüber erhalten, daß an diesem Tage der Bewilligungsbescheid erlassen werde, unter Hinweis auf § 62 AVG und die einschlägige Rechtsprechung zutreffend dargelegt, daß hierin nicht eine - von der klagenden Partei auch nicht ausdrücklich

behauptete - rechtswirksame Bescheiderlassung liege. Dies wird von der Rekurswerberin auch gar nicht bekämpft, sie behauptet nur, daß ihre Aufkündigung auch im Falle einer erst nachträglich erfolgten Bewilligung durch den BMF rechtswirksam sei.

Dieser Standpunkt ist, wie bereits dargestellt wurde, unzutreffend, erfordert aber - wie schon das Berufungsgericht erkannte - die Prüfung, ob der im vorliegenden Fall ergangene, mit 22. Juni 1988 datierte Bewilligungsbescheid des BMF am 24. Juni 1988 - dem Zeitpunkt der Empfangnahme der Kündigung der klagenden Partei durch die nachmalige Gemeinschuldnerin - bereits an die klagende Partei zugestellt und daher wirksam erlassen worden war oder nicht.

Zu diesem Zwecke und damit zur Vermeidung eines weiteren Rechtsganges - die klagende Partei hat auch in ihrem Rekurs eine ihr leicht mögliche Angabe über das Datum der Bescheidzustellung unterlassen - hat der erkennende Senat vom BMF eine Kopie des den vorgenannten Bescheid betreffenden Zustellnachweis beigeschafft. Aus diesem geht hervor, daß der Bewilligungsbescheid am 1. Juli 1988 der klagenden Partei ausgehändigt wurde.

Da der schriftliche Bescheid gemäß § 62 AVG (vgl. hiezu die bei Ringhofer, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, zu § 62 AVG abgedruckten Entscheidungen und Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechtes, Rz 426 ff) demnach als mit 1. Juli 1988 erlassen gilt und somit an diesem Tage Rechtswirksamkeit erlangte, ist die schon vorher - nämlich am 24. Juni 1988 vom Beteiligungsfondsunternehmen in Empfang genommene Aufkündigung der Beteiligung der klagenden Partei im Sinne der obigen Darlegungen als bedingte Kündigung rechtsunwirksam. Das Beteiligungsverhältnis der klagenden Partei am Beteiligungsfondsunternehmen blieb daher weiterhin aufrecht und wurde erst durch die am 28. Juli 1988 erfolgte Konkursöffnung über das Vermögen des Beteiligungsfondsunternehmens gemäß Art. 7 Nr. 25 Abs 2 EVHGB aufgelöst. Dies hat zur Folge, daß die klagende Partei ihre Einlage auf Grund der ausdrücklichen Anordnung des § 14 Abs 2 letzter Satz BFG nicht gemäß § 341 HGB als Konkursforderung geltend machen kann. Der diesbezügliche Klageanspruch war demgemäß abzuweisen.

Anders verhält es sich dagegen mit dem Klagebegehren auf Feststellung der Forderung aus unbeglichenen Mindestgewinnanteilen als Konkursforderung. Diese der klagenden Partei grundsätzlich nach § 4 des vorliegenden

Beteiligungsvertrages zustehenden Gewinnbeteiligungsanteile wurden vom beklagten Masseverwalter der Höhe nach ausdrücklich außer Streit gestellt (ON 5 AS 33). Da sich die Bestimmung des § 14 Abs 2 letzter Satz BFG nur auf die Einlagenforderung bezieht und die weiteren vom Masseverwalter erhobenen Einreden nur die Kündigung der Beteiligung betreffen, kommt der klagenden Partei hinsichtlich dieser Teilverforderung jedenfalls die Stellung einer Konkursgläubigerin zu, sodaß das Klagebegehren insoweit gerechtfertigt ist.

Zum Rekurs des Masseverwalters:

Dieses Rechtsmittel ist auf die obenstehenden Ausführungen zum Rekurs der klagenden Partei zu verweisen, insbesondere auch, soweit dem Rekurs der klagenden Partei ein Teilerfolg zuerkannt wurde.

Über die beiden Rechtsmittel konnte der Oberste Gerichtshof gemäß § 519 Abs 2 letzter Satz ZPO in der Sache selbst durch Urteil erkennen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreites einschließlich des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf die §§ 41, 43 Abs 2 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E29382

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1992:0080OB00014.9.0626.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19920626\_OGH0002\_0080OB00014\_9000000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)